

Festschrift für Theodor Baums

zum siebzigsten Geburtstag

Band II

herausgegeben von
Helmut Siekmann

in Gemeinschaft mit
Andreas Cahn, Tim Florstedt,
Katja Langenbucher, Julia Redenius-Hövermann,
Tobias Tröger und Ulrich Segna

Mohr Siebeck

Zur methodischen Arbeit mit allgemeinen Rechtsprinzipien – aufgezeigt am europäischen Kapitalmarktrecht

Thomas M. J. Möllers

I. Einführung und Gang der Abhandlung

In unserer Gesellschaft wird Prinzipientreue meist als positive Charaktereigenschaft eines Menschen gesehen. Bleibt jemand seinen Prinzipien treu, gilt er als willensstark, aufrichtig und geradlinig. Politikern und Volksvertretern wird in dieser Hinsicht oft nur allzu vorschnell unterstellt, vor allem im Wahlkampf redliche Überzeugungen zugunsten der Sicherung von Macht und Einfluss hinten an zu stellen oder opportunistisch im Interesse der jeweils stärksten Lobby und gegen die Interessen des Souveräns, des Volkes, zu handeln. Nach *Gandhi* stellt „Politik ohne Prinzipien“ sogar eine seiner berühmten Sieben Todsünden der modernen Gesellschaft dar.¹ Keine allzu neue Erkenntnis ist es daher, dass sowohl unser von Menschenhand gemachtes Grundgesetz als auch das einfache Recht von zahlreichen Prinzipien durchdrungen ist. Auch hier sollen diese ein möglichst hohes Maß an Geradlinigkeit im Recht gewährleisten.

Umso erstaunlicher ist allerdings das Faktum, dass nur wenige dieser Rechtsprinzipien positivrechtlich fixiert sind. So ist etwa das schuldrechtliche Prinzip der Vertragsfreiheit² im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ebenso wenig explizit niedergeschrieben wie der Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*)³. Jedoch bestreitet niemand ernsthaft die Existenz und die Geltung dieser Prinzi-

¹ *Gandhi*, Seven Social Sins, in: Young India October 22, 1925 (No. 43), 361: „politics without principles“.

² Erwähnung findet der Begriff noch in den Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. 2, 1896, S. 2: „Vermöge des Prinzips der Vertragsfreiheit, von welchem das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht wird, können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich bestimmen, soweit nicht allgemeine oder bestimmte einzelne absolute Gesetzesvorschriften entgegenstehen“.

³ Dagegen fand sich der Grundsatz noch im ursprünglichen § 77 des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 1888: „Zur Schließung eines Vertrages wird gefordert, daß die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären“; Dieser § 77 wurde dann von der zweiten Kommission gestrichen, s. Kommissionsbericht, S. 156, in: Mugdan, Die gesamten Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1899, Bd. I, S. 688.

prien. Allgemein wird davon ausgegangen, dass das BGB diese Prinzipien schlicht als selbstverständlich gültig voraussetzt.⁴

Es finden sich aber auch explizit normierte Rechtsprinzipien. Die wohl bekanntesten enthält bereits das Grundgesetz: Grundrechte sind Prinzipien *par excellence*. Auf europäischer Ebene sind hier insbesondere die Grundfreiheiten des AEUV zu nennen. Allein schon die Tatsache, dass Rechtsprinzipien unsere ranghöchsten Kodifikationen dominieren, zeigt deren enorme Bedeutung für die Rechtsfindung und zwingt somit dazu, sich mit diesen auseinanderzusetzen.

Theodor Baums hat sich sein Leben lang mit dem deutschen und europäischen Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Kartellrecht intensiv auseinandergesetzt und es wesentlich mitgeprägt.⁵ Die Frage, ob und wie Rechtsprinzipien im deutschen und europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht zur Lösung einer Rechtsfrage herangezogen werden können, soll Gegenstand dieses Beitrags sein. Es ist Aufgabe der Juristischen Methodenlehre zu klären, wie Rechtsprinzipien auf die Falllösung einwirken und wie sie hierzu nutzbar gemacht werden können. Das Anwendungsfeld der methodischen Arbeit mit Rechtsprinzipien ist dabei vor allem dort zu suchen, wo das Gesetz keine oder zumindest keine eindeutige Antwort auf ein Rechtsproblem enthält. Auch solche Fälle sind spätestens von einem Gericht einer Lösung zuzuführen. Den Richter trifft nämlich eine Entscheidungspflicht.⁶ Zudem kann er nicht einfach nur entscheiden, sondern muss die Entscheidung auch rational mit guten Argumenten begründen können.⁷ Hierzu kann er sich im Rahmen eines umfangreichen methodischen Arsenal der Wertungen des bestehenden Rechts bedienen und von diesen ausgehend eine Lösung entwickeln. Insbesondere kommt ihm neben der Möglichkeit der Auslegung bestehender Gesetze auch die Befugnis zur Rechtsfortbildung zu.⁸ Der Richter muss sich daher zwangsläufig die Frage stellen, wie er ein nicht geregeltes Rechtsproblem im Geist des bestehenden Rechts lösen kann. Er hat daher die bestehenden Wertungen des Rechts zu eruieren und für die Lösung des konkreten Rechtsproblems nutzbar zu machen.

Eine Argumentation, die sich auf Prinzipien stützt, erhält allein schon dadurch Überzeugungskraft. Prinzipien stehen für Beständigkeit im Recht, für Rechtssi-

⁴ So bereits Flume, DJT 1960, 135, 136 ff.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, Bd. 2, 1965, § 1.1, S. 1; zustimmend Canaris, AcP 200 (2000), 273, 277; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 99.

⁵ S. etwa seine Beiträge: Gutachten F. für den 63. DJT 2000; ZHR 166 (2002); ZHR 167 (2003); ZHR 169 (2005); ZHR 173 (2009); ZHR 174 (2010); ZHR 175 (2011).

⁶ Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1957, S. 336; Meier-Hayoz, JZ 1981, 417; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 314; s. auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 368, 402; Historisch zum sog. Rechtsverweigerungsverbot s. Schumann, ZZP 81 (1968), 79, 83 ff.; Fögen, in: FS Kramer, 2004, S. 3 ff.

⁷ Zur Begründungspflicht BVerfG, Beschl. v. 19.05.1992 (Az. 1 BvR 986/91), BVerfGE 86, 133, 144 ff.; s. aus dem einfachen Recht etwa § 30 Abs. 1 BVerfGG; § 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO; §§ 267 Abs. 1, 275 StPO oder § 117 Abs. 2 Nr. 5 VwGO; §§ 60 Abs. 2, 4, 96 Abs. 2 ArbGG.

⁸ Deutlich BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 (Az. 1 BvR 112/65), BVerfGE 34, 269, 286 f. – Soraya; BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 (Az. 2 BvR 687/85), BVerfGE 75, 223, 243 f. – Kloppenburg.

cherheit und Nachvollziehbarkeit. Auch scheinen Prinzipien nur schwer widerlegbar, kommt ihnen doch ein gegenüber einzelnen punktuellen Rechtsvorschriften übergeordneter Charakter zu. Ihnen lässt sich nur schwer etwas entgegenhalten, es sei denn, man kann hinreichend Umstände für eine Ausnahme vom Prinzip geltend machen. Hierfür trägt man aber dann die Argumentationslast.

Neben diesen Vorteilen, die die Argumentation mit Rechtsprinzipien bringt, besteht aber auch die Gefahr, dass der bloße Verweis auf ein Prinzip die vertiefte Auseinandersetzung mit dem konkreten Fall und seinen Umständen ersetzt und so die Einzelfallgerechtigkeit auf der Strecke bleibt. Entscheidende Gesichtspunkte des Einzelfalls drohen übersehen zu werden, die zum Abweichen vom Prinzip zwingen könnten. Außerdem verleitet der Umstand, dass Rechtsprinzipien oft nicht kodifiziert sind, dazu, dass neue Rechtsprinzipien ohne hinreichende Rückanbindung an das bestehende Recht „erfunden“ werden. Zudem sind ohne eine genaue Bestimmung ihrer Reichweite gerade bei nicht geregelten Rechtsproblemen einer Entscheidung ohne nachvollziehbare Begründung, d. h. letztlich der Willkür, Tür und Tor geöffnet.

Daher gilt es, Rechtsprinzipien aus methodischer Sicht zu erfassen und die Frage zu klären, ob und wie diese für die konkrete Falllösung herangezogen werden können, ohne verfassungsrechtliche Bedenken auszulösen. Hierbei bedarf es zunächst einer begrifflichen sowie charakterisierenden Ab- und Eingrenzung (II.). Im Anschluss daran müssen Grundvoraussetzungen für die Entstehung und Bildung von Rechtsprinzipien geklärt (III.) sowie Grenzen bei deren „Erfindung“ aufgezeigt werden (IV.). Den Schwerpunkt bildet sodann die Anwendung von Rechtsprinzipien als methodische Figur im konkreten Einzelfall (V.). Zwingend ist schließlich auch eine methodische Betrachtung von Rechtsprinzipien auf europäischer Ebene (VI.).

II. Was kennzeichnet Rechtsprinzipien?

Eine Definition des „allgemeinen Rechtsprinzips“ (gleichbedeutend „Prinzip“ oder „Grundsatz“) muss verschiedene Komponenten umfassen. So wie die Rechtsdogmatik mehr ist als das Gesetz,⁹ so sind Rechtsprinzipien mehr als die Rechtsnormen der Gesetze. Rechtsprinzipien entwickeln sich aus der Gesamtheit der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsnormen. Prinzipien bilden „Tiefenstrukturen des Rechts“.¹⁰ Sie eignen sich für eine verbindende Sinngebung und

⁹ Hierzu Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 6; s. die verschiedene Begriffsbildungen bei Waldhoff, in: Kirchhof/Magen/K. Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17, 22 ff.; Ch. Möllers, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 35 ff.

¹⁰ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 33. I., S. 283.

erlauben eine gewisse Verallgemeinerung.¹¹ Sie sind, wie etwa Treu und Glauben in § 242 BGB, nur ausnahmsweise gesetzlich geregelt.¹² Deswegen werden sie auch oft durch *Rechtsfortbildung* gewonnen.¹³ Folgerichtig finden sich zahlreiche Kodifikationen, welche die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Teil zulässiger Rechtsfortbildung ausdrücklich erwähnen.¹⁴

Um zur Herleitung nicht nur schlicht auf „Gerechtigkeit“ oder „Rechtsfrieden“ abzustellen, muss das Prinzip durch die Rechtsordnung gewonnen werden (können). Viele Prinzipien beanspruchen *normative Geltung* und führen zu einer Vermutungswirkung.¹⁵ Als (allgemeines) Rechtsprinzip wird oft ein Rechtssatz bezeichnet, „der den Namen nicht verdient“. ¹⁶ Bevor Prinzipien aber subsumiert werden können, müssen sie weiter konkretisiert werden. Methodisch verlangt die Arbeit mit allgemeinen Rechtsprinzipien zwei Arbeitsschritte (dazu sogleich).

Aufbauend auf *Dworkin* und *Esser*¹⁷ entwickelte *Alexy* eine Theorie der Grundrechte.¹⁸ Nach seiner sog. Trennungsthese stehen Prinzipien in direktem Gegensatz zu Regeln¹⁹, wobei zwischen beiden eine klare Grenze existiert. Regeln, d.h. subsumierbare Normen, sind entweder erfüllt oder nicht erfüllt. Die Entscheidung fällt aufgrund von Tatbestandsmerkmalen oder tatbestandsähnlichen Voraussetzungen. Prinzipien dagegen können eine Entscheidung nicht zwingend festlegen, weil sie gegenüber anderen Prinzipien abzuwägen sind.²⁰ Prinzipien sind insoweit Optimierungsgebote.²¹ Sie ermöglichen rationale Entscheidungen, etwa dass ein leichter Eingriff in ein bestimmtes Rechtsgut durch schwerwiegende Eingriffsgründe gerechtfertigt wird.²² Prinzipien als Optimierungsgebote anzusehen, gilt heute durchweg als Gemeinplatz.²³ Die Trennungsthese kann die Wirkungsweise der Grundrechte bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes konsistent beschreiben.²⁴

¹¹ Basedow, AcP 200 (2000), 446, 453. Ausführlich auch *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 47 ff.

¹² So auch *Kramer*, in: FS Bydlinski, 2002, S. 197, 203.

¹³ *Larenz* (Fn. 6), S. 421 als „juristische Entdeckung“.

¹⁴ So bereits § 46 Einl. Preuß. ALR: „Findet der Richter kein Gesetz ..., so muss er zwar nach den in dem Gesetzbuch angenommenen allgemeinen Grundsätzen ... erkennen“; ausdrücklich auch § 7 ABGB: „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden“.

¹⁵ *Röhl/Röhl* (Fn. 10), § 33 I, S. 284.

¹⁶ So deutlich zum Folgenden *Röhl/Röhl* (Fn. 10), § 33. I., S. 283.

¹⁷ *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 39 ff., 87 ff.

¹⁸ Während *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977, S. 278 ff. noch der „one right answer“-Theorie folgte, lehnt *Alexy*, ARSP Beiheft 25 (1985), 13, 28 eine solche ab.

¹⁹ *Alexy* (Fn. 18), 13, 15 ff.

²⁰ *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 2. Aufl. 1978, S. 26.

²¹ *Alexy* (Fn. 16), 13, 19; *ders.*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75 ff.; *ders.*, Rechtstheorie 18 (1987), 405, 407, zustimmend *Larenz* (Fn. 6), S. 475; *Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998, S. 106 ff.; *Röthel*, Normkonkretisierung, 2004, S. 146 ff., 225 ff.

²² *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 7, 18 ff.; vorher bereits *ders.* (Fn. 21), S. 143 ff.

²³ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 213: „verbreitet Beifall erfahren“.

²⁴ *Jestaedt*, in: FS Isensee, 2007, S. 253, 258 f.; *Klement*, JZ 2008, 756, 761.

Große Teile der Literatur stehen dem Absolutheitsanspruch der Theorie von Alexy jedoch kritisch gegenüber.²⁵ Dem Grundgesetz sei schon die Unterscheidung von Prinzipien und Regeln so nicht zu entnehmen.²⁶ Damit sei auch nicht erkennbar, wann eine Norm ein Prinzip und wann eine Regel ist.²⁷ Deshalb widerspricht man auch der Trennungsthese, also einer klaren Abgrenzung zwischen Prinzipien und Regeln. Schließlich besteht die Gefahr, dass mit dem Optimierungsgebot Gerichte neue Kompetenzen generieren, die sich aus der Verfassung nicht ergeben.²⁸ Sieckmann entwickelte die Prinzipientheorie fort und versteht Prinzipien vorsichtiger nur als „Anfangsgründe der Argumentation“.²⁹

III. Die Herleitung von Rechtsprinzipien

1. Geschriebene Rechtsprinzipien

Ist ein Prinzip kodifiziert, erübrigt sich die Frage nach seiner Herleitung. Hier stellt sich nur die Frage, wann ein Gesetz zum Rechtsprinzip „erhoben“ werden kann und somit Ausstrahlungswirkung auf andere Vorschriften hat, etwa bei deren Auslegung zu berücksichtigen ist oder als Grundlage für eine Rechtsfortbildung in dem betreffenden Rechtsgebiet dienen kann. Zunächst besteht die Möglichkeit, dass das Gesetz selbst einem Rechtssatz den Status eines Rechtsprinzips beimisst. In Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 EUV ist etwa explizit vom Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und vom Subsidiaritätsprinzip die Rede. Im deutschen Recht findet man solche klaren Aussagen dagegen selten.³⁰

Fehlt eine solche klare Gewichtung des Gesetzgebers, kann zur Klärung der Frage, ob ein geschriebenes Gesetz ein Prinzip oder eine Regel darstellt, auf die von Jhering entwickelte Unterscheidung in formelle und materielle Realisierbarkeit zurückgegriffen werden: Nach der bereits diskutierten Gegenansicht zu Alexy ist die Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln nur ein graduel-³¹ Rechtsnormen sind formal realisierbar, je leichter und sicherer sie sich auf den konkreten Fall anwenden lassen. Demnach ist beispielsweise eine schemati-

²⁵ Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 54: „(...) hat sich der normtheoretische Ansatz nicht durchgesetzt“; Klement (Fn. 24), 756 ff.; ders., JZ 2009, 560 ff.

²⁶ Lindner (Fn. 25), S. 54.

²⁷ Sachs, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 502; Jestaedt (Fn. 23), S. 214; ders. (Fn. 24), S. 253, 261; Klement (Fn. 24), 760.

²⁸ Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand, 2000, S. 71; Lindner (Fn. 25), S. 55; Klement (Fn. 25), 560 f.; warnend auch Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 757a.

²⁹ Sieckmann, Recht als normatives System, 2009, S. 41 ff.

³⁰ Kritisch etwa zu den in § 3 WpÜG niedergelegten „Allgemeinen Grundsätzen“ Versteegen, in: KK-WpÜG, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 2: Programmsätze, deren Nutzen fraglich ist; Noack/Holzborn, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 1.

³¹ Etwa Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 48, 135.

sche Altersgrenze der Volljährigkeit in wesentlich höherem Maße formal realisierbar als etwa auf „die nöthige Einsicht und Charakterfestigkeit“ abzustellen.“³² Materiell realisierbar sind Rechtsnormen dann, wenn sie als Prinzipien eine Einzelfallgerechtigkeit erlauben, weil die relevanten Wertungen klar zum Ausdruck kommen,³³ wie etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder der Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB.³⁴ Formale und materielle Realisierbarkeit ergänzen sich insoweit.³⁵ Nach dieser Unterscheidung sind Regeln formal realisierbare, Prinzipien dagegen materiell realisierbare Rechtsvorschriften.

Aufgrund ihrer Weite und Unbestimmtheit wird man etwa die „allgemeinen Verhaltensregeln“ des § 31 Abs. 1 WpHG wohl als ausfüllungs- und konkretisierungsbedürftiges und damit materiell realisierbares Prinzip und nicht als Regeln ansehen können.

2. Die Herleitung ungeschriebener Rechtsprinzipien

Schwieriger ist die Herleitung von Rechtsprinzipien, die nicht explizit geregelt sind. In weiten Teilen des einfachen Rechts ist dies sogar der Regelfall. Hierfür werden verschiedene Ansätze vertreten.

a) Bisherige Begründungsversuche zur Herleitung allgemeiner Rechtsprinzipien

Dworkin bezeichnet Prinzipien als Maßstäbe, die, ohne Regeln zu sein, als Argumente für individuelle Rechte dienen können.³⁶ Sie müssen durch eine Abwägung konkretisiert werden und sind Optimierungsgebote.³⁷ Mit dieser formalen Beschreibung lassen sich Prinzipien allerdings nur zum Teil konkretisieren. Vor allem werden Rechtsprinzipien damit noch nicht anhand des Gesetzes hergeleitet.

Ein zweiter Begründungsversuch will Rechtsprinzipien historisch erklären.³⁸ Sicherlich haben zahlreiche Rechtsprinzipien eine jahrhunderte-, zum Teil sogar jahrtausendelange Tradition.³⁹ Rechtsfiguren wie das Verbot der *laesio enormis*

³² von Jhering, Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4. Aufl. 1878, Bd. 1, S. 51, 53.

³³ Kennedy, 89 Harv.L.Rev. 1685, 1688 (1976) nennt etwa „good faith, due care, reasonableness“; Balkin, 39 Rutgers L.Rev. 1, 44 (1986).

³⁴ Auer (Fn. 31), S. 48, 54 ff.

³⁵ Esser, in: FS Rittler, 1957, S. 13, 14: „Polarität von Form und Inhalt“; Balkin (Fn. 33), 43 f.

³⁶ Dworkin (Fn. 18), S. 90.

³⁷ Für das Zivilrecht so Wolff/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 4 Rn. 49.

³⁸ S. die Beispiele bei Esser (Fn. 17), S. 317 ff.; Rückert, in: HKK-BGB, 2003, Vor § 1 Rn. 80 ff.; sowie Zimmermann, Law of Obligations, 1992; ders., JZ 1992, 8 ff.; ders., AcP 193 (1993), 121 ff., der ein europäisches *ius commune* fordert.

³⁹ S. etwa Aristoteles, Nikomachische Ethik, 5. Buch, 4–9 (Gerechtigkeit); Art. 104 f. Constitutio Criminalis Carolina (CCC) vom 27.07.1532 (Gesetzlichkeitsprinzip); Wolff, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 1754, § 438: „Wennn zwey oder mehrere zusammen in ein Versprechen

oder die *clausula rebus sic stantibus* können nur erste Ansätze liefern, um die heutigen Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln zu begründen. Bei genauerer Betrachtung wird man allerdings feststellen, dass sich viele Rechtsprinzipien über die Jahrhunderte hinweg weiterentwickelt haben. Weil sich die Voraussetzungen ändern, ist der Vergleich mit den historischen Vorbildern nicht immer überzeugend.⁴⁰ Schließlich würde die notwendige Flexibilität durch die Bildung neuer Prinzipien nicht erreicht, wenn man diese ausschließlich aus der Vergangenheit ableiten würde.⁴¹ Rechtsdogmatik, richtig verstanden, verharret nicht in Begriffsjurisprudenz, sondern wandelt sich mit den Vorgaben des Gesetzgebers und der Rechtsprechung.⁴²

Zum Teil werden Prinzipien als rechtsethische bezeichnet, denen eine Zwitterstellung zwischen Recht und Moral zukommt, da sie Elemente von beiden Ordnungen in sich tragen.⁴³ Larenz hat Prinzipien beschrieben als richtungsgebende Maßstäbe rechtlicher Normierung, die Entscheidungen aufgrund ihrer eigenen Überzeugungskraft zu „rechtfertigen“ vermögen.⁴⁴ Rechtsprinzipien wurden früh schon auf Rechtsideen wie Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit zurückgeführt.⁴⁵ Bestimmte Formen der Gerechtigkeit bei Aristoteles wurden auch schon als Naturrecht bezeichnet. Im Ergebnis sind solche Rechtsideen höher anzusiedeln als die Rechtsprinzipien. Solche Werte⁴⁶ sind allerdings zu allgemein, um für die Falllösung eingesetzt werden zu können. Sie bedürfen weiterer Präzisierung.⁴⁷

Überzeugender erscheint es deshalb, Prinzipien unmittelbar aus den Wertungen der Gesetze und des Rechts abzuleiten. Deshalb wird in der Literatur zur Herleitung von Rechtsprinzipien auch die *Induktion* favorisiert, also der Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine.⁴⁸ Nach Canaris geschieht die Herleitung eines

oder mehrere einwilligen, heißt es ein Vertrag (*pactum* oder *pactio*).“ (*pacta sunt servanda*); Ulp.D. 1.1.10.1.: „Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere“ (*alterum non laedere*).

⁴⁰ S. nur die verschiedenen Fallgruppen der Störung der Geschäftsgrundlage, die sich im Laufe der Zeit in der Rechtsprechung entwickelt haben. Übersicht etwa bei Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, § 313 Rn. 25 ff.

⁴¹ Kritisch gegen Zimmermann (Fn. 38) etwa Simon, Rechtshist. J. 11 (1992), 574, 577 ff.; Wiegand, Rechtshist. J. 12 (1993), 277 ff.; Kübler, Rechtshist. J. 12 (1993), 307, 310 ff.

⁴² So bereits von Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. 1, 4. Aufl. 1878, S. 14: „Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus“; hierzu Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. III, 1976, S. 165. Zur notwendigen Flexibilität s. Brohm, VVDStRL 30 (1972), 245, 249; Voßmann, IZ 2005, 261, 262 f.

⁴³ Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, S. 128.

⁴⁴ Larenz (Fn. 6), S. 421.

⁴⁵ S. bereits Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, § 9, S. 164 ff.; Larenz, Richtiges Recht, 1983, S. 31 ff.; Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997 S. 191 ff.

⁴⁶ Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 394 ff.

⁴⁷ Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 133; Metzger, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009, S. 22.

⁴⁸ Ausführlich hierzu s. Aristoteles, Aristoteles' Erste Analytiken oder: Lehre vom Schluss, 23. Kap., S. 142 (Ausgabe Kirchmann, 1877); Bacon, Novum Organum, Book I, 1620, Aphorismus CIV, S. 82.

Gedankens aus mehreren gesetzlichen Vorschriften.⁴⁹ Zum Teil wird behauptet, Prinzipien würden aus einer Einzelanalogie⁵⁰ oder einer Gesamtanalogie⁵¹ gewonnen.

Diese Umschreibung ist allerdings zu eng, weil Rechtsprinzipien nicht nur durch mehrere gesetzliche Vorschriften gewonnen werden können. Auch schließt die Einzelanalogie regelmäßig vom Besonderen zum Besonderen; sie füllt regelmäßig ein fehlendes Tatbestandsmerkmal, indem sie das Fehlende mit dem Vorhandenen vergleicht. Das allgemeine Rechtsprinzip wird aber durch einen Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine gezogen.⁵² Das allgemeine Rechtsprinzip ist damit üblicherweise weiter als die Norm(en), von der (denen) es hergeleitet wird. Zudem ist bei der Analogie die *ratio legis* nur Mittel zum Zweck der methodischen Operation, während die Herausarbeitung des allgemeinen Rechtsgedankens bereits den Zweck selbst darstellt.⁵³ Auch der Vergleich zur Gesamtanalogie ist abzulehnen, weil sie die Lückenfüllung bezweckt. Sie verlangt, dass der zu füllende Sachverhalt mit den gesetzlich geregelten Fällen ein hohes Maß an Teilidentität, an Vergleichbarkeit aufweist. Das allgemeine Rechtsprinzip verlangt dagegen Geltung auch für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen, die noch nicht abschließend überblickt werden können.⁵⁴ Schließlich können allgemeine Rechtsprinzipien auch auf andere Geltungskriterien gestützt werden, während die Gesamtanalogie sich ausschließlich aus dem Gleichheitssatz ableitet.⁵⁵

b) Die Induktion: der systematische und wertende Vergleich bei der Herausbildung neuer allgemeiner Rechtsprinzipien

Die systematische Herleitung eines allgemeinen Rechtsprinzips kann zunächst einmal aus verschiedenen positivrechtlichen Vorschriften erfolgen. So wird etwa der Grundsatz der Rechtsscheinhaftung aus den §§ 171, 172 BGB und § 405 BGB begründet. Dieser Grundsatz gilt dann für die Duldungs-⁵⁶ und Anscheinsvollmacht,⁵⁷ aber auch im Handels- und Gesellschaftsrecht.⁵⁸ Möglich ist allerdings

⁴⁹ Etwa *Canaris* (Fn. 11), S. 97 f.: „Dabei wird aus mehreren gesetzlichen Vorschriften ein gemeinsamer Rechtsgedanke gewonnen und diesem wird dann der Charakter eines allgemeinen Rechtsprinzips zugesprochen“; *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, S. 153 f., 232 f.

⁵⁰ Für § 254 BGB *Palandt/Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 254 Rn. 3.

⁵¹ *Kramer* (Fn. 12), S. 208; *Metzger* (Fn. 47), S. 20, 161 ff.

⁵² Deutlich *Canaris* (Fn. 11), S. 98.

⁵³ *Canaris* (Fn. 11), S. 98.

⁵⁴ *Canaris* (Fn. 11), S. 98.

⁵⁵ *Canaris* (Fn. 11), S. 98 ff.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 15.10.1987 (Az. III ZR 235/86), BGHZ 102, 60, 64; ohne dogmatische Herleitung dann: BGH, Urt. v. 11.05.2011 (Az. VIII ZR 289/09), BGHZ 189, 346 Rn. 15 – Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 20.01.1983 (Az. VII ZR 32/82), BGHZ 86, 273, 274 ff. – Anscheinsvollmacht.

⁵⁸ *Canaris*, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, S. 150 ff.

auch, dass ein Prinzip aus einer einzigen Vorschrift gewonnen werden kann⁵⁹; So wird anerkanntermaßen die Vorschrift des Mitverschuldens im Schadensrecht des § 254 BGB als Rechtsprinzip angesehen und der Begriff des Mitverschuldens untechnisch verstanden. Derjenige, der bei der Entstehung eines Schadens an einem seiner Rechtsgüter genauso wie der Schädiger die erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, verletzt eine Obliegenheit. Vorzuwerfen ist ihm dann ein „Verschulden gegen sich selbst“, so dass es treuwidrig wäre, den vollen Schadensersatz zu fordern.⁶⁰ Die Vorschrift wird auch außerhalb des Schadensrechts angewendet, so bei Rechtsnormen, die ein Verschulden nicht voraussetzen, etwa der Gefährdungshaftung,⁶¹ dem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB⁶² oder dem Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB⁶³. Der Grundsatz gilt ferner auch im öffentlichen Recht.⁶⁴ Schließlich finden sich Prinzipien, die sich *nur indirekt* aus dem Gesetz erschließen lassen. Diese Ableitung gehört zu den schwierigsten Fällen der Rechtsfindung. So sind etwa die Vertragsfreiheit und einzelne Einschränkungen ausführlich zu begründen; deshalb werden wir uns damit eingehender beschäftigen.

IV. Grenzen der Rechtsfortbildung von Rechtsprinzipien und der hieraus abgeleiteten Regeln und Rechtsinstitute

1. Ablehnung der Beliebigkeit einer rechtsdogmatischen Begründung

Gerade beim Kontrahierungszwang und dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt es sich um Rechtsinstitute, die zum Grundbestand der juristischen Ausbildung gehören und seit Jahrzehnten anerkannt sind. Es überrascht deshalb, dass die rechtsdogmatischen Begründungen hierfür so umstritten sind und es fast beliebig erscheint, welche Begründung man heranzieht.⁶⁵ Das befremdet, weil so die Gefahr unzulässiger Rechtsfortbildung *contra legem* steigt. Wer die Begründung für die Rechtsfortbildung nicht mehr sucht, entscheidet nämlich aus

⁵⁹ S. etwa Meier-Hayoz, BK zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung zu Art. 1–10 ZGB, 1962, Art. 1 Rn. 406: „Als allgemeinen Rechtsgrundsatz bezeichnet man oft eine Gesetzesnorm von größerer Tragweite.“

⁶⁰ BGH, Urt. v. 18.04.1997 (Az. V ZR 28/96), BGHZ 135, 235, 240 – Wurzeln im Tennisplatz.

⁶¹ BGH, Urt. v. 23.06.1952 (Az. III 297/51), BGHZ 6, 319, 320 – Ausgleichspflicht zwischen Kraftfahrern; BGH, Urt. v. 13.04.1956 (Az. VI 347/54), BGHZ 20, 259, 263 ff. – Betriebsgefahr.

⁶² BGH, Urt. v. 18.09.1987 (Az. V ZR 219/85), NJW-RR 1988, 136, 138.

⁶³ BGH, Urt. v. 18.04.1997 (Az. V ZR 28/96), BGHZ 135, 235, 239 ff. – Wurzeln im Tennisplatz.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 29.03.1971 (Az. III ZR 98/69), BGHZ 56, 57, 63: „der in § 254 BGB enthaltene Rechtsgedanke.“

⁶⁵ Für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter s. etwa BGH, Urt. v. 11.01.1977 (Az. VI ZR 261/75), NJW 1977, 2073, 2074: „gleichgültig“; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, § 328 Rn. 14: „Im praktischen Ergebnis stimmen beide Ansichten weitgehend überein.“

seinem Vorverständnis⁶⁶ und verstößt gegen die Verpflichtung, die Rechtsfindung zu begründen.

2. Ablehnung von Leerformeln (Vertragsauslegung, Natur der Sache)

Auch reicht es nicht aus, Leerformeln zu verwenden. Wenn das Rechtsinstitut Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mit einer ergänzenden Vertragsauslegung begründet wird, ist dies zu knapp, denn der Hinweis auf den Willen einer Partei gerät zur reinen Fiktion, will dieser im Zweifel doch gerade nicht haften. Statt des Vertragswillens werden objektive Kriterien in den Vertrag hineininterpretiert.⁶⁷ Zum Teil werden Rechtsprinzipien aus der „Natur der Sache“ abgeleitet. Dies wurde erstmals von *Dernburg* begründet⁶⁸ und von Literatur⁶⁹ und Rechtsprechung⁷⁰ aufgenommen. Auch dies ist abzulehnen, weil der Begriff „Natur der Sache“ für sich überhaupt nichts begründet.⁷¹ Auch rechtsethische Prinzipien wie etwa „Gerechtigkeit“ und „Billigkeit“ müssen weiter konkretisiert werden, um nachvollziehbar überzeugende Gedankengänge und Begründungen zu ermöglichen.

3. Begründung aus den Wertungen und Grenzen des Rechts

Damit gehört die Herleitung und Entwicklung eines Rechtsprinzips zum schwierigsten Teil der Arbeit mit Rechtsprinzipien. Folglich dauert es auch oft Jahrzehnte, bis sich neue Rechtsprinzipien und Rechtsinstitute durchsetzen. Einfacher sind diejenigen Fälle, in denen das Rechtsprinzip aus einer oder mehreren Normen abgeleitet werden kann. Das ist, wie oben gezeigt, aber nur selten der Fall. Deshalb muss die Entwicklung neuer Rechtsprinzipien auch genau mit dem Gesetz und den Wertungen aus dem Gesetz begründet werden.

V. Deduktion: Konkretisierung und Reichweite von Prinzipien

Die Deduktion ist der Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere. Im vorliegenden Kontext beschreibt sie den Weg, den ein gewonnenes allgemeines Rechtsprin-

⁶⁶ Hierzu *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 6. Aufl. 1990, S. 281 ff., 296 ff.; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 139 ff., 149 ff.

⁶⁷ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 305, 158.

⁶⁸ *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 4. Aufl. 1894, S. 87; *ders.*, System des römischen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl. 1911, S. 64; von *Thur*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, S. 42.

⁶⁹ Ausführlich *Larenz* (Fn. 6), S. 417 ff. m. w. N.; *Canaris* (Fn. 11), S. 100.

⁷⁰ BVerfG, Urt. v. 20.02.1952 (Az. 1 BvF 2/51), BVerfGE 1, 117, 131.

⁷¹ Kritisch *Dreier*, Zum Begriff der „Natur der Sache“, 1965, S. 127 f.; *Röhl/Röhl* (Fn. 10), § 7. V., S. 74: „Es zeigt sich, dass die Rede vom Wesen, ebenso wie die von der Natur der Sache, an keiner Stelle eine neues Argument hinzufügt“; *Raisch*, Juristische Methoden, 1995, S. 178; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 28), Rn. 929.

zip bei der Lösung eines konkreten Rechtsproblems nimmt, also den Weg vom Prinzip zur Regel. So wie die Herleitung eines allgemeinen Rechtsprinzips durch Induktion richterliche Rechtsfortbildung darstellt, so stellen auch die durch Deduktion aus den Rechtsprinzipien gewonnenen Rechtsregeln und Rechtsinstitute Rechtsfortbildung dar. Prinzipien dienen daher der Weiterentwicklung des Rechts anhand bereits bestehender Wertungen. Bildlich gesprochen bilden Rechtsprinzipien die verbindende Brücke zwischen dem bestehenden und dem neu zu erschließenden Recht.

1. Zur Konkretisierung eines Rechtsprinzips allgemein

a) Vorrang eines Rechtsgrundsatzes

Relativ einfach ist der Fall, wenn verschiedene Prinzipien in Kollision zueinander stehen, die Kollision aber durch den Vorrang eines Prinzips gegenüber dem anderen aufgelöst werden kann. Etwa bei der *lex specialis*-Regel wird dann der eine Grundsatz durch den anderen Grundsatz verdrängt. Während bei der *lex specialis*-Regel aber nur der Konflikt von zwei Rechtsnormen zu entscheiden ist, geht es bei der Kollision von Rechtsprinzipien oft noch um mehr, weil ein Rechtsgrundsatz in mehreren Rechtsnormen enthalten sein kann oder aber sogar ohne gesetzliche Grundlage gilt. Der BGH⁷² und der österreichische OGH⁷³ haben beispielsweise jeweils den Schadensersatzanspruch des Anlegers als vorrangig gegenüber dem Kapitalerhaltungsgrundsatz angesehen.

b) Entwickeln von Fallgruppen, Unterprinzipien und tatbestandsähnlichen Voraussetzungen

Eine weitere Konkretisierung wird ermöglicht, indem man Fallgruppen, Unterprinzipien und tatbestandsähnliche Voraussetzungen bildet. Dasselbe Verfahren kommt bei Generalklauseln zur Anwendung. Auch dort versucht man, die Generalklausel mit Unterprinzipien, Fallgruppen und tatbestandsähnlichen Voraussetzungen zu konkretisieren. Jetzt konkretisiert man vorrangig reines Richterrecht, ohne eine solche gesetzliche Grundlage.

c) Vom Rechtsprinzip zum Rechtssatz

Schließlich gibt es noch einen letzten Schritt, in dem im Wege der Rechtsfortbildung aus einem Rechtsprinzip ein neuer Rechtssatz, z. B. eine neue Anspruchsgrundlage, gewonnen wird. Hier herrscht oft große Unsicherheit, wie dieser

⁷² BGH, Urt. v. 09.05.2005 (Az. II ZR 287/02), NJW 2005, 2450 – EM.TV; BGH, Urt. v. 28.11.2005 (Az. II ZR 80/04), ZIP 2007, 681 Rn. 3 – Comroad I.

⁷³ OGH, Urt. v. 30.03.2011 (Az. Ob 77/10i), GesRZ 2011, 251 Ziff. II.1.1; OGH, Urt. v. 15.03.2012 (Az. 6 Ob 28/12d), ÖBA 2012, 548/1828, Ziff. 2.2. ff., 9.3. f. mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

rechtsdogmatisch begründet werden kann. Paradebeispiele hierfür sind etwa der Kontrahierungszwang,⁷⁴ der Fortfall der Geschäftsgrundlage⁷⁵ und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁷⁶. Die so neu entwickelten Rechtsregeln hat die Rechtsprechung durch Fallgruppen und tatbestandsähnliche Voraussetzungen präzisiert. Wie der richterlichen Entwicklung immanent ist, sind die Versuche hier tastend und die praktische Anwendung manchmal auch erst im *trial-and-error*-Verfahren weiterzuentwickeln.

d) Gegenläufige Rechtsprinzipien

Schranken bei der Konkretisierung eines Rechtsprinzips in eine bestimmte Richtung bilden gegenläufige Rechtsprinzipien. Ein oder mehrere Rechtsprinzipien können einer Rechtslösung auch entgegenstehen. Das ist bekannt bei der Prüfung von Grundrechten: Sogar vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte wie etwa die Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG haben ihre Grenzen in den sog. verfassungsimmanenten Schranken.⁷⁷ Diese verfassungsimmanenten Schranken sind etwa kollidierende Grundrechte anderer oder sonstige von der Verfassung geschützte Güter. So verhält es sich auch mit Rechtsprinzipien.

Gegenläufige Prinzipien sind miteinander in Ausgleich zu bringen. Letztlich entscheidend ist eine Abwägung, die sachgerechterweise dem Schema der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i. e. S. folgt: Zunächst müssen die gegenläufigen Prinzipien ihrer abstrakten Wertigkeit nach, die sie von der Verfassung oder vom Recht erhalten, ins Verhältnis gesetzt werden. Sodann muss der konkrete Fall beleuchtet werden. Wie intensiv muss das eine Prinzip zugunsten des anderen Prinzips aufgeopfert werden? Sind die daraus resultierenden Folgen tragbar? Andererseits: Welche Folgen ergeben sich, wenn man dem gegenläufigen Prinzip den Vorrang gewährt? In die Abwägung miteinfließen müssen aber etwa auch Gründe der Praktikabilität.

⁷⁴ Noch für eine Begründung über § 826 BGB RG, Urt. v. 07.11.1931 (Az. V 106/31); RGZ 133, 388, 392 – Theaterkritiker oder etwa BGH, Urt. v. 02.12.1974 (Az. II ZR 78/72), BGHZ 63, 282, 285 – Aufnahmewang eines Monopolverbandes. S. zur neueren Ansicht, die einen Kontrahierungszwang aus einem quasinegatorischen Unterlassungsanspruch herleitet K. Schmidt, DRiZ 1977, 97, 98; Bork, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2015, Vorbem. zu §§ 145 ff. Rn. 27; Busche, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. 2012, vor § 145 Rn. 21; Erman/Armbrüster, BGB, 14. Aufl. 2014, Vor § 145 Rn. 29.

⁷⁵ S. etwa BGH, Urt. v. 25.02.1993 (Az. VII 24/92), BGHZ 121, 378 Rn. 48.

⁷⁶ S. bereits RG, Urt. v. 10.02.1930 (Az. VI 270/29), RGZ 127, 218, 221 – Gasuhr.

⁷⁷ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 26.05.1970 (verb. Rs. I BvR 83/69, 244/69, 345/69), BVerfGE 28, 243, 261 – Kriegsdienstverweigerung; BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 (Az. I BvR 435/68), BVerfGE 30, 173, 193 – Mephisto; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Dezember 2015, Art. 2 Rn. 246.

2. Kapitalmarktrechtliches Beispiel: Prinzip der rationalen Anlageentscheidung

a) Umfang des Schadens: rationale Anlageentscheidung und Rückabwicklung

Im Kapitalmarktrecht war heftig umstritten, was der relevante Schaden ist, wenn der Anleger vom Unternehmen etwa mittels Ad hoc-Mitteilung falsch informiert wurde und sich der Börsenkurs zu seinem Nachteil entwickelt hat. Kann der Kläger in diesem Fall nur die Differenz zwischen dem richtigen und falschen Kurs bekommen oder kann er auch vom Vertrag zurücktreten und Naturalrestitution, also die Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Wertpapiere, verlangen?

Ausgangspunkt des Problems war § 249 Abs. 1 BGB, der den Grundsatz der Naturalrestitution aufstellt. Danach ist derjenige Zustand wiederherzustellen, der bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Strittig war, ob dieser Grundsatz auch die vollständige Rückabwicklung des Wertpapiergeschäfts umfasst. Die früher vorherrschende Ansicht wollte dem Anleger nur die Kursdifferenz zugestehen, weil ansonsten das Marktrisiko unzulässig vom Anleger auf den Emittenten übergewälzt würde und zudem für das börsennotierte Unternehmen eine Übermaßhaftung entstünde.⁷⁸ Damit wird aber vom Marktrisiko auf den vermeintlichen Schutzzweck geschlossen, ein unzulässiger Zirkelschluss.⁷⁹ Vielmehr trägt schon nach allgemeinem Rücktrittsrecht die Gefahr der zufälligen Verschlechterung der Schädiger, der mit seiner Pflichtverletzung die Ursache für den Rücktritt des anderen Teils gesetzt hat, vgl. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB.⁸⁰ Über die §§ 281 Abs. 5, 283 S. 2 BGB wird der Bezug zum Schadensersatzrecht hergestellt. Der BGH hatte diese Problematik zuerst im Rahmen des § 826 BGB und dann für den speziellen Schadensersatzanspruch der §§ 37b, 37c WpHG zu klären und formuliert in der IKB-Entscheidung:

„Die Frage nach dem Umfang des von §§ 37b, 37c WpHG gewährten Schadensersatzes ist – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung bisher lediglich vom Landgericht Hamburg (Urteil vom 10. Juni 2009 – 329 O 377/08, juris Rn. 36) behandelt worden und in der Literatur umstritten. Eine Meinung billigt dem geschädigten Anleger im Rahmen der §§ 37b, 37c WpHG lediglich einen Anspruch auf Ersatz der Kursdifferenz – im vorliegenden Fall also zwischen dem tatsächlichen Kaufpreis und dem Preis, der bestanden hätte, hätte die Beklagte die Insiderinformation rechtzeitig veröffentlicht – zu (Sethe, in: Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl., §§ 37b, 37c Rn. 70 ff. m. w. N.; Fuchs, WpHG, §§ 37b, 37c Rn. 34 f.; [...]). Die Gegenansicht sieht auch die Rückgängigmachung des Wertpapiergeschäfts als von den §§ 37b, 37c WpHG umfasst an (Möllers/Leisch, in: KK-WpHG, §§ 37b, 37c, Rn. 240 ff. m. w. N.; [...]). Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Ausgangspunkt der Betrachtung muss § 249 BGB als Basisnorm des gesamten Schadensrechts sein, die den Grundsatz der Totalreparation statuiert. [...]“⁸¹

⁷⁸ Etwa Fleischer, BB 2002, 1869, 1871; Mülbart/Steup, WM 2005, 1633, 1637.

⁷⁹ Möllers/Leisch, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, 37c Rn. 291.

⁸⁰ BGH, Urt. v. 13.12.2011 (Az. XI ZR 51/10), BGHZ 192, 90 Rn. 58 – IKB.

⁸¹ BGH, Urt. v. 13.12.2011 (Az. XI ZR 51/10), BGHZ 192, 90 Rn. 48 ff. – IKB. Vorher schon BGH, Urt. v. 19.07.2004 (Az. II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, 153 f. – Infomatec II; vorher schon Möllers/Leisch, WM 2001, 1648, 1655 f. S. nun auch EuGH (Fn. 133).

Neben den genannten Vorschriften kann man diese Lösung auch mit einem Rechtsprinzip begründen: Die falsche Information führte dazu, dass der Anleger das Wertpapier erwarb oder verkaufte. Eine rationale Anlegerentscheidung war damit nicht möglich. Dafür, dass der Vertragsabschluss bereits den relevanten Schaden darstellt, spricht, dass der Irrtum eine rationale Anlageentscheidung verhindert hat. Dies ist aber ein allgemeines Prinzip des Kapitalmarktrechts:⁸² Das *Prinzip der rationalen Anlegerentscheidung* bezweckt, dem Anleger eine eigenverantwortliche Investitionsentscheidung zu ermöglichen.⁸³ Der deutsche Gesetzgeber verlangt für das Börsenzulassungsprospekt und den Verkaufsprospekt Angaben, die dem Publikum ein zutreffendes Urteil über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten ermöglichen.⁸⁴ Auch im WpÜG ist das Recht auf eine selbstbestimmte Entscheidung ausdrücklich in eine gesetzliche Bestimmung aufgenommen worden. Die Wertpapierinhaber der Zielgesellschaft sollen über „ausreichend Informationen verfügen, um in Kenntnis der Sachlage über das Angebot entscheiden zu können“, § 11 Abs. 1 S. 2 WpÜG⁸⁵ und hat es als allgemeinen Grundsatz an den Anfang des Gesetzes gestellt, § 3 Abs. 2 WpÜG. Dieses Prinzip gilt damit auch für die Ad hoc-Publizität des § 15 WpHG. Hierfür lässt sich zwar nicht der Wortlaut, aber der historische Wille des Gesetzgebers anführen.⁸⁶ Grundlage ist der Gedanke, dass der Einzelne *selbstbestimmt* entscheiden können muss und von Dritter Seite verursachte Fehler vollinhaltlich zu korrigieren sind.

b) Gegenläufige Rechtsprinzipien

Im Kapitalmarktrecht existieren also Ansprüche der Anleger auf Schadensersatz, wenn das Unternehmen unrichtige Informationen veröffentlicht hat und der Anleger aufgrund dieser Informationen Aktien des Unternehmens erworben hat.⁸⁷ Dem steht prima facie der gesellschaftsrechtliche Grundsatz der Kapitalerhaltung entgegen, der es einer Kapitalgesellschaft verbietet, außerhalb der gesetzlichen Vorgaben das Kapital an die Aktionäre auszuschütten, §§ 57, 71 AktG. Folglich war heftig umstritten, ob der kapitalmarktrechtliche Anlegerschutz oder der gesellschaftsrechtliche Kapitalerhaltungsgrundsatz vorgeht.⁸⁸ Zur Lösung lassen

⁸² Ausführlich Möllers, in: Möllers/Rotter, Ad-hoc-Publizität, 2003, § 3 Rn. 37 ff.

⁸³ Assmann, ZBB, 1989, 49, 57 ff.; ders., in: Nörr, 40 Jahre BRD – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1990, S. 275, 278 f.; Möllers, ZGR 1997, 334, 338; ähnlich Fleischer, 64. DJT, 2002, S. F 27: Prinzip der informierten Transaktionsentscheidung.

⁸⁴ § 5 Abs. 1 S. 1 WpPG; § 7 Abs. 1 S. 1 VermAnlG; vgl. auch § 13 Abs. 1 S. 2 WpHG: „bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen“.

⁸⁵ WpÜG, Begr. RegE, BT-Drs. 14/7034, S. 29 zu Allgemeiner Teil und S. 41 zu § 11 WpÜG.

⁸⁶ Zur Ad-hoc-Publizität s. BT-Drucks. 14/8017, S. 87: „frühzeitig über marktrelevante Informationen verfügen, damit sie sachgerechte Anlageentscheidungen treffen können“; Möllers (Fn. 82), § 3 Rn. 49.

⁸⁷ Etwa §§ 21 ff. WpPG, § 12 WpÜG, §§ 37b, 37c WpHG und § 826 BGB.

⁸⁸ Ausführlich Möllers, BB 2005, 1637, 1639 ff.; Gottschalk, DStR 2005, 1648, 1651 ff.; Bayer, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 Rn. 15 ff.; Kort, NZG 2005, 496, 498; Sethe, in: Assmann/

sich die klassischen Argumentationsfiguren heranziehen und die Interessen des Emittenten mit den Interessen des geschädigten Anlegers abwägen.⁸⁹

Im Gesetzgebungsverfahren wurde das Verhältnis von §§ 37b, 37c und § 826 BGB zu den §§ 57, 71 AktG zwar nicht ausdrücklich angesprochen. Aber man kann dem Gesetzgeber kaum unterstellen, dass er Normen erlässt, die wegen des Vorrangs des Kapitalerhaltungsgrundsatzes von vornherein im Ergebnis leerlaufen würden.⁹⁰ Diese gesetzgeberische Wertung gilt es zu achten: Geschädigte Anleger sind insoweit Dritten gleichgestellt; die Schadensersatzforderung beruht nicht auf der mitgliedschaftlichen Stellung als Aktionär, sondern auf einer deliktischen Schädigung durch den Vorstand, so dass die Kläger als Drittgläubiger zu betrachten sind.⁹¹ Dies und nicht die Frage, ob ein Umsatzgeschäft stattgefunden hat, ist entscheidend für den Vorrang des Anlegerschutzes.⁹² Zudem lässt § 249 Abs. 1 BGB auch im Rahmen des § 21 WpPG ausdrücklich und im Rahmen der § 826 BGB, § 12 WpÜG⁹³ und §§ 37b, 37c WpHG mangels abweichender Regelung den Ersatz des negativen Interesses zu. Damit beruht aber – wie der BGH zutreffend betont – die Verpflichtung des Geschädigten, die Aktien herauszugeben, vor allem darauf, dass ihm aus Anlass der Schädigung kein über den Ersatz des Schadens hinausgehender Vorteil („Bereicherungsverbot“) verbleiben soll.⁹⁴

Bei der Abwägung der Interessen der Gesellschaft bzw. ihrer Gläubiger und denjenigen der geschädigten Anleger betonen das OLG Frankfurt⁹⁵ und der BGH⁹⁶ zu Recht das besonders schwerwiegende Fehlverhalten bei einer sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB; nicht von ungefähr gingen mit den zivilrechtlichen Haftungsklagen auch strafrechtliche Verurteilungen der handelnden Vorstände einher. Der Vorrang des Aktienrechts ist schon deshalb nicht berechtigt, weil das Kapital der Gesellschaft aus dem Vermögen der getäuschten Anleger stammt und § 57 AktG nicht zu einem „Freibrief“ für deliktisches Handeln missbraucht werden darf.⁹⁷ Mit anderen Worten: Es wäre für den geschädigten Anleger nicht nachvollziehbar, wenn die Gesellschaft auf Kosten der getäuschten Anleger Divi-

Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, §§ 37b, 37c Rn. 6 ff.; Zimmer/Grotheer, in: Schwark/Zimmer, KMRK, 4. Aufl. 2010, § 37b, c Rn. 11 ff.

⁸⁹ S. bereits Möllers (Fn. 88), 1639 ff.; Möllers/Leisch (Fn. 79), §§ 37b, c Rn. 39 ff.

⁹⁰ Renzenbrink/Holzner, BKR 2002, 434, 438; Möllers/Leisch, in: Möllers/Rotter, Ad-hoc-Publizität, 2003, § 14 Rn. 136; Horn, in: FS Ulmer, 2003, S. 817, 827; Keusch/Wankel, BKR 2003, 744, 746; Veil, ZHR 167 (2003), 365, 394; Langenbacher, ZIP 2005, 239, 241. Für das österreichische Recht OGH, Urt. v. 15.03.2012 (Az. 6 Ob 28/12d), ÖBA 2012, 548/1828 Ziff. 3.5; Rüdler, in: Kalss/Torggler, Kapitalmarkthaftung und Gesellschaftsrecht, 2013, S. 1, 7.

⁹¹ BGH, Urt. v. 09.05.2005 (Az. II ZR 287/02), NJW 2005, 2450, 2451 – EM.TV; Sethe (Fn. 88), §§ 37b, 37c Rn. 6; Fleischer/Schneider/Thaten, NZG 2012, 801, 802.

⁹² A. A. noch Schwark, in: FS Raisch, 1995, S. 269, 288 f.

⁹³ Möllers (Fn. 79), § 12 Rn. 99.

⁹⁴ BGH, Urt. v. 09.05.2005 (Az. II ZR 287/02), NJW 2005, 2450 unter II.2.b) bb) – EM.TV.

⁹⁵ OLG Frankfurt, Urt. v. 17.03.2005 (Az. 1 U 149/04), ZIP 2005, 710, 713 – Comroad.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 09.05.2005 (Az. II ZR 287/02), NJW 2005, 2450 unter II.2.b) bb) – EM.TV.

⁹⁷ Keusch/Wankel (Fn. 90), 746.

denden an die übrigen Aktionäre ausschüttet.⁹⁸ Ökonomisch betrachtet darf der Kapitalmarkt nicht durch eine Überbetonung des Gläubigerschutzes zulasten der Anleger benachteiligt werden, weil ansonsten die Neigung, (Risiko-)Kapital zur Verfügung zu stellen, abnehmen würde, was letztlich der Gesellschaft schaden würde.⁹⁹ Damit trägt der Vorrang der kapitalmarktrechtlichen Emittentenhaftung auch zur allokativen Funktionseffizienz und zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber ausländischen Börsen bei.¹⁰⁰ Schließlich kennen auch zahlreiche andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie die USA einen gegen die Gesellschaft gerichteten deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch bei vorwiegend fehlerhaften Kapitalmarktinformationen.¹⁰¹

VI. Prinzipienbildung auf europäischer Ebene

1. Gewinnung von Rechtsprinzipien durch Rechtsvergleichung

Wenn man nach Prinzipien auf europäischer Ebene sucht, sollte man unterscheiden zwischen den allgemeinen Grundsätzen des Primärrechts, die im Zweifel Vorrang genießen, und den Grundsätzen europäischen Zivilrechts, die keinerlei Vorrangwirkung haben, und (nur) im Rahmen teleologischer Überlegungen herangezogen werden können.¹⁰²

a) Verweisung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten

Auch im Europarecht dienen allgemeine Rechtsgrundsätze zur Lückenfüllung. Dabei wird oft auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze verwiesen, die den Rechtsordnungen gemeinsam sind. Eine solche Regelung findet sich etwa bei der Haftung der Union, Art. 340 AEUV. Mit dem Bezug auf Vorschriften der nationalen Mitgliedstaaten kann der EuGH aus verschiedenen Vorschriften im Wege der Induktion eine allgemeine Regel bilden.¹⁰³ Der EuGH hat mit dem Hinweis auf die gemeinsame Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten die Grundrechte

⁹⁸ OLG München, Urt. v. 20.04.2005 (Az. 7 U 5303/04), ZIP 2005, 901, 902 – Comroad; vorher schon *Flechtheim*, JW 1916, 937; *Breit*, ZHR 76 (1915), 415, 442; *Moos*, ZHR 70 (1911), 184; *Henze*, NZG 2005, 115, 120.

⁹⁹ OLG Frankfurt, Urt. v. 17.03.2005 (Az. 1 U 149/04), ZIP 2005, 710, 713 – Comroad; *Krämer/Baudisch*, WM 1998, 1161, 1167; *Renzenbrink/Holzner* (Fn. 90), 437; *Doğan*, Ad-hoc-Publizitätshaftung, 2005, S. 230.

¹⁰⁰ *Fleischer* (Fn. 83), S. F 73; *Schwarck* (Fn. 92), S. 269, 281 ff.; *Zimmer/Grotheer* (Fn. 88), §§ 37b, 37c Rn. 13.

¹⁰¹ *Möllers/Leisch* (Fn. 79), §§ 37b, c Rn. 49 ff. Zur Ansicht des EuGH s. unten Fn. 127, 133.

¹⁰² *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 230.

¹⁰³ Für das europäische Recht *Metzger* (Fn. 47), S. 25 f.; *Basedow*, in: FS Hopt, 2010, S. 27, 35.

auf europäischer Ebene entwickelt,¹⁰⁴ jetzt normiert in Art. 6 Abs. 3 EUV,¹⁰⁵ und den Staatshaftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten begründet. Stets hat er die rechtsfortbildende Aufgabe, welche die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu erfüllen haben, betont.¹⁰⁶ Inzwischen hat er auf europäischer Ebene neben Grundrechten auch allgemeine Rechtsgrundsätze¹⁰⁷ wie Rechtssicherheit¹⁰⁸ und Vertrauensschutz¹⁰⁹, wirkungsvoller Rechtsschutz¹¹⁰, *effet utile* und die Verhältnismäßigkeit¹¹¹ anerkannt.

Interessanterweise hat der EuGH die europäischen Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze inzwischen weiterentwickelt; sie geben dem Bürger zum Teil einen stärkeren Rechtsschutz als die Grundrechte einzelner Mitgliedstaaten. Weitgehend über die Rechtsprechung deutscher Gerichte hinaus hat der EuGH beispielsweise die Gleichberechtigung und insbesondere die Rechte der Frau gestärkt. So geschah dies nicht nur im Hinblick auf die Höhe des Lohnanspruches, sondern auch hinsichtlich des Zugangs zum und des Erhalts des Arbeitsplatzes.¹¹² Bezüglich des Verfahrensrechts hat der EuGH immer wieder betont, dass

¹⁰⁴ EuGH, Urt. v. 14.05.1974, Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, Slg. 1974, 491, Rn. 13 – Nold.

¹⁰⁵ Die Grundrechte werden inzwischen aber weitgehend aus der GrCh abgeleitet, vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV.

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 – C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Slg. 1996, I-1029 Rn. 27 – Brasserie du Pêcheur: Rückgriff auf „Grundprinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung und allgemeine Grundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.“, hierzu Schroeder, JuS 2004, 180, 183 f.

¹⁰⁷ Allgemein zur Integration allgemeiner Rechtsprinzipien in die europäische Rechtsprechung: Häberle, EuGRZ 1991, 261 ff.; Müller-Graff/Riedel (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 1998.

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 21.09.1983, verb. Rs. 205 bis 215/85, ECLI:EU:C:1983:233, Slg. 1983, 2633, 2669 Rn. 30 – Milchkontor; EuGH, Urt. v. 13.02.1996, Rs. C-143/93, ECLI:EU:C:1996:45, Slg. 1996, I-431 Rn. 27 – Van Es Douane Agenten; EuGH, Urt. v. 21.02.2006, Rs. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, Slg. 2006, I-1609, Rn. 72 – Halifax.

¹⁰⁹ EuGH, Urt. v. 05.07.1973, Rs. 1/73, ECLI:EU:C:1973:78, Slg. 1973, 723 Rn. 6 ff. – Westzucker; EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Rs. C-201/08, ECLI:EU:C:2009:539, Slg. 2009, I-8343, Rn. 46 – Plantanol.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 15.05.1986, Rs. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, Slg. 1986, 1651 Rn. 18 – Johnston; als inhärenter Grundsatz bestätigt in EuGH, Urt. v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, Slg. 2007, I-2271, Rn. 37 ff. – Unibet.

¹¹¹ EuGH, Urt. v. 16.07.1956, Rs. 8/55, ECLI:EU:C:1956:11 = Slg. 1955/1957, 197, 311 – Fédération Charbonnière; EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Slg. 1979, 3727, 3750 Rn. 23 – Hauer; Craig/de Búrca, EU Law, 6th ed. 2015, 15.4(b), S. 551 ff.; Kischel, EuR 2000, 380 ff.; Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003; Frowein, in: FS Maihofer, 1988, 149, 151; Zuleeg/Kadelbach, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 3. Aufl. 2014, § 8 Rn. 42 ff.; Der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet sich in Art. 5 Abs. 4 EUV.

¹¹² EuGH, Urt. v. 14.12.1995, Rs. C-317/93, ECLI:EU:C:1995:438, Slg. 1995, I-4625, Rn. 28 – Nolte; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533, Slg. 1997, I-6363, Rn. 31 m. zustimmender Anm. Lenz, NJW 1998, 1619 – Marschall; Prechal, in: 20 Leg. Iss. of Eur. Integ., 81 ff. (1993). Zum Einfluss des EuGH auf das BAG bzgl. der unzulässigen Frage nach einer Schwangerschaft durch EuGH, Urt. v. 08.11.1990, Rs. C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, Slg. 1990, I-3941 Rn. 24 f. – Dekker s. BAG, Urt. v. 15.10.1992 (Az. 2 AZR 227/92), BAGE 71, 252, Rn. 13 – NJW 1993, 1154.

der Zugang auch zu den nationalen Gerichten sichergestellt sein muss¹¹³ und mit diesem Prinzip des effektiven Rechtsschutzes die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten eingeschränkt¹¹⁴. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat z. B. an das Gebot rechtzeitigen Rechtsschutzes höhere Anforderungen gestellt als die nationalen Gerichte und deshalb langjährige Verfahren für rechtswidrig erklärt.¹¹⁵

b) Vereinzelte Kodifizierung europäischer Rechtsprinzipien

Der *europäische Gesetzgeber* hat inzwischen einzelne Grundrechte in der Amsterdamer Fassung des EU-Vertrages erwähnt und dort auch die Europäische Menschenrechtsdeklaration von 1950 einbezogen, Art. 6 EUV. Ansonsten sind Rechtsprinzipien (*General Principles of Law*), ähnlich wie im BGB, auch in den europäischen Verträgen nur spärlich normiert. Das liegt daran, dass die meisten Prinzipien erst vom EuGH entwickelt wurden, bevor sie dann Eingang in das Gesetz fanden. Im EUV findet sich etwa das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und das Prinzip der Subsidiarität, Art. 5 Abs. 1–3 EUV oder der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 5 Abs. 4 EUV. Ansonsten ist aber anerkannt, dass es weitere Prinzipien gibt, etwa das Demokratieprinzip (Art. 2 EUV).

2. Allgemeine Rechtsprinzipien des europäischen Zivilrechts aus der Systematik des europäischen Rechts

a) Schwierigkeiten auf europäischer Ebene

Versucht man, aus dem europäischen Primär- und Sekundärrecht allgemeine Rechtsprinzipien zu gewinnen, fallen verschiedene Nachteile auf. Zum ersten sind zahlreiche Prinzipien überhaupt nicht normiert, zum zweiten sind auch ganze Rechtsgebiete nur punktuell auf europäischer Ebene geregelt,¹¹⁶ und zum dritten steht die Gefahr im Raum, dass die Europäische Union bei der Gewinnung eines Prinzips ihre Kompetenz überschreitet, also gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verstößt, Art. 5 Abs. 2 AEUV.¹¹⁷ Schließlich muss man der Gefahr

¹¹³ EuGH, Urt. v. 15.10.1987, Rs. 222/86, ECLI:EU:C:1987:442, Slg. 1987, 4097, Rn. 14 – Heylens; EuGH, Urt. v. 13.12.1991, Rs. C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474, Slg. 1991, I-5941, Rn. 34 – GB-Inno-BM.

¹¹⁴ Iglesias, EuGRZ 1997, 289, 290; Scholz, DÖV 1998, 261, 262 f.; Kakouris, 34 CMLRev. 1389, 1407 ff. (1997); Cahn, ZEuP 1998, 969, 975.

¹¹⁵ Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2009, Art. 6 Rn. 248 ff. m. w. N. Zum Gebot des effektiven Rechtsschutzes als gemeinsame Verfassungsstradition, s. EuGH, Urt. v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, Slg. 2007, I-2271, Rn. 37 ff. – Unibet; EuGH, Urt. v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 72 – Groupe Gascogne.

¹¹⁶ Ritter, JZ 1995, 849, 851: „Inseln im Meer des nationalen Rechts“; vorher schon Kötz, RabelsZ 50 (1996) 1, 5 „pointillistischer Charakter“; Möllers, JZ 2004, 1067 f.

¹¹⁷ Kritisch etwa Schmidt-Kessel, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 43.

entgehen, das eigene Vorverständnis zu exportieren. Stattdessen ist das europäische Recht autonom auszulegen. Und damit einhergehend sind die Ziele auf europäischer Ebene nicht zwingend identisch mit den Zielen in dem eigenen Mitgliedstaat.

Interessant erscheint daneben der Versuch, ein europäisches Zivilgesetzbuch zu entwickeln, etwa der Gemeinsame Referenzrahmen verschiedener Forschungsgruppen (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*)¹¹⁸ oder der (zurückgezogene) Vorschlag der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (*Common European Sales Law – CESL*).¹¹⁹ Einige Prinzipien und Regeln, die wir auch im deutschen Recht kennen, werden in diesen Entwürfen für das Europäische Recht schon aufgenommen. Sie sind allerdings alle noch rechtlich unverbindlich.

b) Rechtsprinzipien des europäischen Zivilrechts

Allerdings erscheint es nicht chancenlos, auf europäischer Ebene aus dem europäischen Recht selbst allgemeine Rechtsprinzipien zu gewinnen, ohne auf das Recht der Mitgliedstaaten zurückgreifen zu müssen. Drei Beispiele sollen dies verdeutlichen:

In der Literatur wird der Versuch gemacht, allgemeine Rechtsprinzipien zu entwickeln,¹²⁰ etwa die Vertragsfreiheit oder die Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) aus dem europäischen Recht herauszulesen¹²¹. Das ist schon deshalb nicht einfach, weil weder die Verträge noch die Grundrechte Charta die Vertragsfreiheit unmittelbar normieren.¹²² Urteile, welche die Vertragsfreiheit ansprechen, finden sich nur wenige.¹²³ Immerhin bekennt sich die EU in Art. 119 AEUV auf den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“; dies setzt die Vertragsfreiheit zwingend voraus.¹²⁴ Die Vertragsfreiheit zielt auf eine Stärkung des Binnenmarktes durch den Abbau von unterschiedlichen Rechtsregeln.

¹¹⁸ Von Bar/Clive/Schulte-Nölke, *Principles, Definition and Model Rule of European Private Law (Draft Common Frame of Reference – DCFR)*, online edition, 2009; abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf (Abruf v. 12.07.2016); s. hierzu etwa Schmidt-Kessel (Fn. 118), § 17 Rn. 47 ff.; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 530 ff.; Ernst, AcP 208 (2008), 248 ff.

¹¹⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM(2011) 635 endg.; hierzu etwa die Beiträge der Sondertagung der Zivilrechtslehrer, veröffentlicht in: AcP 212 (2012), 467–852.

¹²⁰ Grundmann (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts*, 2000; Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, 2003, § 18; generell: Jansen, ZEuP 2005, 750 ff.; Metzger (Fn. 47); Reich, *General Principles of EU Civil Law*, 2014.

¹²¹ S. etwa Riesenhuber, in: GS Wolf, 2011, S. 123, 130 m. w. N.; Heiderhoff (Fn. 102), Rn. 230 ff.

¹²² Während Art. 2 Abs. 1 GG die Handlungsfreiheit und damit auch die Privatautonomie normiert, findet sich in Art. 16 f. GrCh nur der Schutz der unternehmerischen Freiheit; kritisch folglich Lindner, ZRP 2007, 54, 56: lückenhafter Grundrechtsschutz.

¹²³ Der EuGH, Urt. v. 10.07.1980, Rs. 99/79, ECLI:EU:C:1980:193, Slg. 1980, 2511 Rn. 16 – *Lan-côme* spricht von „vertraglicher Rechtssicherheit“.

¹²⁴ Schmidt-Leithoff, in: FS Rittner, S. 597, 604; Mülbart, ZHR 159 (1995), 2, 8; s. auch Art. II.1: 101–II.1:103 DCFR.

Schließlich ist auch der obige Konflikt zwischen dem Grundsatz des kapitalmarktrechtlichen Anlegerschutzes und dem Grundsatz der Kapitalerhaltung europäischen Ursprungs, weil die einschlägigen nationalen Normen europäische Richtlinien umsetzen. Der österreichische OGH hatte zu Recht ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH angestrengt, während der BGH die Pflicht zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens verkannt hatte.¹²⁵ In der Hirmann-Entscheidung stellte der EuGH fest, dass zahlreiche europäische Richtlinien zum Kapitalmarkt eine Haftung fordern und auch ohne explizite Regelung das Gebot effektiver Sanktion Schadensersatzansprüche zumindest nicht verbietet.¹²⁶

Auch der oben gewonnene Grundsatz der rationalen Anlageentscheidung und damit das Recht, selbstbestimmt eine Anlageentscheidung treffen zu können, findet sich bereits in europäischen Richtlinien.¹²⁷ Der Prospekt muss Angaben enthalten, „um den Anlegern und ihren Anlageberatern ein fundiertes Urteil über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, die Finanzlage, die Gewinne und Verluste, die Zukunftsaussichten (...) bilden zu können“.¹²⁸ Ganz ähnlich verlangt die Transparenz-RiL zur Beteiligungstransparenz Informationen, die den Anleger in die Lage versetzen, Aktienkäufe oder -verkäufe in voller Kenntnis der geänderten Stimmrechte zu tätigen.¹²⁹ Auch nach der Übernahme-RiL soll der Wertpapierinhaber der Zielgesellschaft über „ausreichend Informationen verfügen, um in Kenntnis der Sachlage über das Angebot entscheiden zu können“.¹³⁰ Am klarsten wird das Recht auf eine selbstbestimmte Anlageentscheidung in Erwägungsgrund 1 der früheren Wertpapierverkaufsprospekt-RiL 89/298/EWG formuliert.¹³¹ Folglich war es auch nur konsequent, dass der EuGH in der Hirmann-Entscheidung die Rückabwicklung des Kaufvertrages mit dem Argument akzeptierte, dass so der Geschädigte in die Lage zurückgesetzt wird, in der er sich vor der schädigenden Handlung befand.¹³²

¹²⁵ Kritisch deshalb Möllers (Fn. 88), 1641.

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-174/12, ECLI:EU:C:2013:856, Rn. 39 f. – Alfred Hirmann/Immofinanz AG; so bereits Möllers (Fn. 88), 1641.

¹²⁷ Zum Folgenden bereits Möllers (Fn. 82), § 3 Rn. 38.

¹²⁸ Art. 5 Abs. 1 Prospekt-RiL 2003/71/EG v. 04.11.2003, ABl. Nr. L 345, S. 64.

¹²⁹ Erwägungsgrund 18 Transparenz-RiL 2004/109/EG v. 15.12.2004, ABl. Nr. L 390, S. 38.

¹³⁰ Art. 3 Abs. 1 lit. b) und Art. 6 Abs. 2 RiL 2004/25/EG v. 21.04.2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. Nr. L 142, S. 12.

¹³¹ Erwägungsgründe 1–3 Wertpapierverkaufsprospekt-RiL 89/298/EWG v. 17.04.1989, ABl. Nr. L 124, S. 8.

¹³² EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-174/12, ECLI:EU:C:2013:856, Rn. 53 – Alfred Hirmann/Immofinanz AG: „Diese Regelung soll u. a. sicherstellen, dass der Geschädigte in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor der schädigenden Handlung befand, indem zum einen dem Erwerber der für den Erwerb der Aktien entrichtete Betrag zuzüglich Zinsen zurückgezahlt werden muss und zum anderen diese Aktien wie die übrigen Aktien im Kapital der betreffenden Gesellschaft verbleiben müssen.“

3. Grenzen der Rechtsfortbildung auf europäischer Ebene

a) Unzureichende Begründung

Wie auch im deutschen Recht müssen Rechtsprinzipien, wenn sie neu erfunden werden, aus dem geltenden Recht entwickelt werden. Als der EuGH in der Mangold-Entscheidung etwa das Verbot der Altersdiskriminierung als Rechtsprinzip erhob und sich u. a. auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen berief¹³³, wurde ihm vorgeworfen, dass eine solche gemeinsame Tradition in den Mitgliedstaaten gar nicht existierte.¹³⁴

b) Widerstreitende Rechtsprinzipien

Wie im deutschen Recht können schließlich allgemeine Rechtsgrundsätze einem bestimmten Ergebnis entgegenstehen. Hier ist wiederum an den Vertrauensschutz zugunsten des Bürgers zu denken. Ein solcher Vertrauensschutz stand etwa der Rechtsfortbildung einer horizontalen Drittwirkung von Richtlinien entgegen¹³⁵ und ist auch im Rahmen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung zu berücksichtigen.¹³⁶ Umgekehrt kann das Prinzip des effektiven Rechtsschutzes aber wiederum das Prinzip der Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz einschränken, etwa wenn die nationale Behörde eine rechtswidrige Beihilfe nicht binnen Jahresfrist widerruft und der Begünstigte die rechtswidrig erlangte Beihilfe nach dieser Zeit dennoch zurückzahlen muss.¹³⁷

VII. Ausblick

1. Das durch die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts¹³⁸ geprägte Bürgerliche Gesetzbuch schult den deutschen Juristen bisher im systematischen Denken und der damit verbundenen Rechtsdogmatik und Rechtsprinzipien. Um Recht weiterzuentwickeln¹³⁹, es aber auch besser zu verstehen, bedarf es einer gefestigten

¹³³ EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 – Mangold/Helm.

¹³⁴ Kritisch u. a. Jans, 34 Leg. Iss. of Eur. Integ. 53, 65 (2007); Basedow (Fn. 103), S. 27, 34; ders., JZ 2016, 269, 275 f.

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 08.10.1987, Rs. 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 = Slg. 1986, 3982 Rn. 10 – Koolpinghuis.

¹³⁶ EuGH, Urt. v. 04.07.2006, Rs. C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 = Slg. 2006, I-6057 Rn. 110 f. – Adeneler.

¹³⁷ EuGH, Urt. v. 20.03.1997, Rs. C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163 = Slg. 1997, I-1591 Rn. 37 f. und 48 f. – Alcan – Rückforderung von Beihilfen.

¹³⁸ Zu nennen etwa Thibaut, System des Pandektenrechts, 3 Bde., 5. Aufl. 1818; Puchta, Pandekten, 5. Aufl. 1850; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bde., 7. Aufl. 1891; Dernburg, Pandekten, 3 Bde., 4. Aufl. 1894; Regelsberger, Pandekten, 1. Bd. 1893; Zimmermann, in: HKK-BGB, 2003, vor § 1 Rn. 6 ff.

¹³⁹ Zur Funktion von allgemeinen Rechtsprinzipien als Lückenfüllung s. oben Fn. 13 f.

Rechtsdogmatik mit Rechtsprinzipien.¹⁴⁰ Das noch relativ junge Kapitalmarktrecht steht noch am Anfang einer Prinzipienbildung.¹⁴¹

2. Konsequentergedacht muss die Rechtswissenschaft versuchen, Rechtsprinzipien auf europäischer Ebene zu entwickeln. Erste Entwicklungen gibt es, wie gezeigt wurde. Weil das europäische Recht weiterhin lückenhaft ist, sieht es sich vor besonderen Herausforderungen. Neben den oben genannten Problemen bildet das Nebeneinander von Richtlinien, die in das nationale Recht umzusetzen sind, und unmittelbar geltenden Verordnungen eine weitere Herausforderung für die Entwicklung von Prinzipien.¹⁴² Dem Wissenschaftler geht die Arbeit nicht aus.

¹⁴⁰ Anschaulich wird die Rechtsdogmatik mit der Grammatik verglichen, ohne welche die Sprache, hier die Rechtsnormen, nicht verstanden werden können, *Herberger*, *Dogmatik*, 1981, S. 37 f., 74 ff., 119, 257 ff. mit umfangreichen Nachweisen zum römischen Recht; *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 754.

¹⁴¹ Weitere Prinzipien des Kapitalmarktrechts bilden etwa die Vermeidung von Informationsasymmetrien oder die Vermeidung von Interessenkonflikten, s. *Möllers*, in: FS Hopt, 2010, 2247 ff.

¹⁴² Vertiefend jüngst *Möllers*, ZEuP 2016, 325, 355 ff. Das jüngst am 03.06.2016 erlassene FiMa-NoG bildet ein schönes Beispiel für die wenig stimmige Umsetzung von der MAD in das WpHG einerseits und der unmittelbar geltenden MAR andererseits.